

TERCEIRIZAÇÃO E MUNDO GLOBALIZADO - O ENCADEAMENTO PRODUTIVO E A COMPLEMENTARIDADE DE SERVIÇOS COMO POTENCIALIZADORES DA FORMALIZAÇÃO DE CONTRATOS

OUTSOURCING AND GLOBALIZATION - PRODUCTION PROCESSES AND COMPLEMENTARY SERVICES AS A MEANS TO ESTABLISH FORMAL CONTRACTS

Guilherme Mastrichi Basso*

“Ninguém pode se opor a uma nova organização das empresas. Isso é uma consequência da mudança da estrutura econômica e social. Antigamente, havia um modelo em razão do qual toda atividade estava concentrada na empresa, no mesmo local, os trabalhadores com regime de oito horas, etc. Hoje verifica-se o que se chama de descentralização produtiva, em que a empresa transfere parte da sua atividade para outras empresas(...)”¹

Resumo: Ao analisar a questão do encadeamento produtivo na indústria e a complementaridade de serviços no setor bancário, com pequena incursão no setor público, pretendeu-se demonstrar o grau de irreversibilidade da terceirização no mundo globalizado e o fluxo das encomendas e das oportunidades daí surgidas, com evidentes benefícios aos trabalhadores do mundo todo. A terceirização, quando levada a efeito dentro da perspectiva da formalização dos contratos, tem se mostrado fator de incremento nas estatísticas nacionais, com evidentes ganhos para o trabalhador, visto que assegurados os direitos positivados na legislação, além das conquistas advindas dos acordos e convenções coletivas do respectivo setor, sem prejuízo da possibilidade de acomodações sazonais impostas pela economia, seja no plano nacional ou global, como na recente crise que abalou o sistema financeiro mundial e dos efeitos daí decorrentes. Essa passagem de um modelo paternalista, de inspiração fascista, sonhado pela CLT, atrelado a um modelo sindical ultrapassado, com a subsistência da unicidade e a economia de mercado ditada pela globalização trouxe, inegavelmente, dificuldades de aplicação daquele modelo ao mundo moderno. O desafio, então, passou a ser a compatibilização da legislação posta com as novas for-

*Guilherme Mastrichi Basso, Advogado, Mestre em Direito do Trabalho pela USP, foi Procurador-Geral do MPT no período 08/1999 a 08/2003 e Membro do *Parquet* de 1988 a 2009.

¹Texto extraído de destaque da Revista da Anamatra – 2º. Semestre de 2008, p.54, que se refere a entrevista com o Professor e Juiz Aposentado Luiz de Pinho Pedreira da Silva concedida a Viviane Dias.

mas de trabalho e as oportunidades surgidas no mercado, não apenas nacional, mas no próprio teletrabalho internacional, com tantas oportunidades criadas, maiores que as perdas dos postos de trabalho físicos nas fábricas da primeira metade do século passado, seja pela automação, cada vez crescente, seja pela quebra de paradigmas sequer sonhada pelo Governo Getúlio Vargas na década de 40. O momento exige grande sensibilidade por parte daqueles profissionais incumbidos de tratar do tema, sejam Magistrados, Membros do Ministério Público, Advogados, Profissionais de RH. É preciso valorizar os benefícios que a terceirização trouxe a milhões de trabalhadores, mormente no setor de serviços, com contratos formalizados, garantindo a inclusão de um número cada vez maior de ex-desempregados na Previdência Social, na qualidade de contribuintes, assegurando-lhes cidadania social.

Palavras-chave: Terceirização. Produção. Complementação.

Abstract: After analyzing the production processes in industry and the complementary services in banking systems and in the public administration, this article aims to prove that outsourcing is an irreversible process in our global society and that the trading of goods and the opportunities that have clearly resulted from it have brought many benefits for workers all over the world. When the outsourcing process is carried out in a way that formal contracts are established, there is statistical evidence that it provides many benefits for workers, such as those rights enacted by the legislation and also those settled in collective bargaining and collective agreements; it also encompasses the possibility to adjust to periods of instability caused by economic reasons, such as the financial crisis that recently affected financial institutions around the globe and the consequences thereafter. The passage from a paternalist role with fascist inspiration imagined in the Consolidation of Labor Laws, in addition to an obsolete union system that still harbors the single trade union system and to the market economy dictated by globalization, has undeniably faced many obstacles when applied to a modern world such as ours. Our challenge has thus become to balance the existing legislation with new forms of work and opportunities now available in the labor market, not only in Brazil but also with international telework itself, since the job positions that now exist outnumber those that were cut in factories in the first half of the last century due to the ever increasing automation or to the breaking of paradigms that the Getúlio Vargas Administration could never have dreamed of in the 1940s. At this point, Judges, Public Prosecutors, Lawyers, Human Resources Personnel and all professionals that have to deal with this issue should address it with utmost sensibility. The benefits that outsourcing has provided to millions of workers should

be highly valued, especially in relation to the rendering of services, since many formal contracts were established, which means that an ever increasing number of people who were unemployed are now included in the Social Security System – and this is certainly a guarantee of social citizenship.

Key works: Outsourcing. Production. Complementation.

Sumário: 1 Introdução; 2 Histórico. Conceito; 3 *Outsourcing, Offshoring*; 4 Itália, EUA; 5 Fluxos: Índia, China; 6 Brasil; 7 Extravasamento do conceito de atividade preponderante da empresa para a empresa preponderante dentro do grupo econômico. Equívocos; 8 Sufocamento da atividade sindical pela exacerbação da atividade estatal; 9 Novos rumos: sensibilidade social; 10 Conclusões; 11 Referências.

1 Introdução

O tema terceirização já foi analisado e decantado em prosa e verso em todas as revistas jurídicas do país e vem sendo estudado até mesmo por outros ramos da ciência preocupados com o aumento da produtividade, a diminuição de custos, a otimização de recursos humanos e materiais, a migração da mão de obra, as novas tecnologias, aí incluídos a engenharia e a sociologia, dentre outros.

Não se cogita, pois, aqui, esgotar o assunto, nem tampouco se tem a pretensão de apontar soluções que possam servir a todas as hipóteses surgidas nas últimas três décadas. O que se pretende é mostrar, a partir do estudo de algumas situações no direito comparado e na legislação nacional, com rápidas incursões pela jurisprudência, fixando-se em quatro áreas princi-

pais da atividade econômica, que o fenômeno afigura-se irreversível – assim como a globalização – e merece, portanto, maior reflexão e sensibilidade por parte dos Órgãos incumbidos da fiscalização, com o devido respeito à letra da lei, na busca de soluções para cada caso. Além disto, que procurem contemplar mais os benefícios que o processo pode trazer, *verbi gratia*, a formalização das relações de trabalho e de emprego, retirando, dest'arte, milhares de trabalhadores da informalidade, com a segurança da corresponsabilidade civil do tomador dos serviços em caso de inadimplemento de obrigações por parte do empregador direto, do que eventuais embaraços encontrados nas entrelinhas de uma legislação que não acompanhou a evolução pela qual o planeta passou nos últimos 50 anos.²

²Para uma análise mais aprofundada do enfoque dado pelos autores de outras áreas ver especialmente GUEDES, Amélia de Lima; GUADAGNIN, Renato da Veiga. A gestão de Projetos como

2 Histórico. Conceito

Segundo relata Márcio Pochmann,³ a partir da segunda metade do século XIX, com o avanço da Revolução Industrial e Tecnológica, a grande empresa capitalista estabeleceu as bases para a produção em larga escala nos setores econômicos emergentes, vindo a indústria do automóvel, a química, a siderúrgica, dentre outras, passando-se a investir nos países mais atrasados e fornecedores de matéria-prima à empresa-sede, cujos investimentos, segundo o pesquisador, chegaram a atingir 2/3 do total dirigido ao exterior, com importante impacto na organização do trabalho em nível local.

As primeiras experiências de criação de “empresas-espelho” da própria organização matriz, em outras nações, surgiram na década de 1850, com o fito de produzir insumos para a matriz, como os casos da Colt, na Inglaterra, em 1852; da Bayer, nos EUA em 1865; da Singer, em Glasgow, em 1867.

Na França, segundo relato de Casey Harison,⁴ um certo Martin

Nadaud, migrante de Creuse, conta em suas memórias a tentativa de se transformar num “*tâcheron*”, ou subcontratante, em Paris na década de 1840. Sua intenção era tornar-se um “*entrepreneur*” – empreiteiro – retirando das cercanias da Place de Grève, trabalhadores desempregados e imigrantes sem ocupação para trabalharem como terceirizados. A façanha durou cerca de dois anos.

Na Itália, segundo relato do Doutor Luigi Fiorentino,⁵ “*gia dalla fine dell'Ottocento la dottrina pubblicistica aveva prestato attenzione ai casi di esercizio privato di funzioni pubbliche(...)*”. Conclui citando Santi Romano, Zanobini e Giannini, no sentido de que a “atribuição ao privado de funções públicas não se constitui uma novidade, mas os enfoques e o objetivo da terceirização de hoje são, em parte, diversos daqueles do passado”.

Conceituar a externalização da atividade – ou de parte dela – também chamada de terceirização, não é tarefa fácil, haja vista as múltiplas facetas do processo de encadramento produtivo ou de comple-

Aprimoramento da Terceirização. **Informática Pública**, Belo Horizonte, v. 5 (1), p. 65-78, 2003; SENHORAS, Elói Martins; DIAS, Josimara Martins. **Tendências da indústria automotiva brasileira**: um estudo do caso Fiat. Disponível em: <<http://www.unicamp.br>> e GOMES, José Orlando; VIDAL, Mário César Rodríguez. **Contextualização da terceirização e suas perspectivas como prática social**. Disponível em: <<http://www.ufrj.br>>.

³ POCHMANN, Márcio. **A transnacionalização da terceirização na contratação do trabalho**. Campinas, SP. Disponível em: <http://www.unicamp.br>.

⁴ HARISON, Casey. An Organization of Labor: Laissez-Faire and Marchandage in the Paris Building Trades through 1848. **French Historical Studies**, v. 20, n. 3 Summer, 1997, p. 357-380, Duke University Press.

⁵ FIORENTINO, Luigi, *apud* ZANETTINI, Laura. **L'esternalizzazione delle gestioni amministrative** – Resoconto del Convegno organizzato dall'IRPA, Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Sienna. Disponível em: <<http://www.ernalizzazione.it>>.

mentaridade de serviços, motivo pelo qual se preferiu recorrer a diversas fontes, primeiro no direito comparado e depois na legislação pátria.

Segundo o “*Guide to Successful Outsourcing Deals*”⁶ o significado da palavra “outsourcing” – externalização, numa tradução livre – vem a ser:

[...] uma simples transação contratual pela qual uma empresa adquire serviços de outra retendo a propriedade e responsabilidade do processo produtivo; **o cliente diz ao fornecedor dos serviços o que ele quer e como o trabalho deve ser executado.**

Para a Doutora Donatella Rossi:

[...] oggi, tutte quelle attività fondamentali per il funzionamento dell'azienda e quei processi tradizionalmente interni alla stessa ma che non ne rappresentano il “core business”, possono essere “affidate” alla gestione di organizzazioni esterne specializzate, permettendo, così, all'azienda di valorizzare le proprie competenze distintive, concentrandosi sulle attività a maggior valore aggiunto, di contenere i costi e di avere i servizi e i prodotti necessari al proprio sviluppo. Questo processo si chiama “outsourcing”.⁷

Numa tradução livre, todas as atividades fundamentais para o funcionamento de uma empresa e os processos tradicionalmente internos da mesma, mas que não representam o coração do negócio, podem ser terceirizados à gestão de organizações externas especializadas, permitindo, assim, à firma, valorizar sua própria competência distintiva, concentrando-se na atividade de maior valor agregado, contendo os custos e obtendo os serviços e produtos necessários ao seu desenvolvimento. A isto se chama terceirização.

No Brasil encontramos na Nota Técnica / CGRT / SRT n.08/2004, do Ministério do Trabalho e Emprego, a seguinte definição, *verbis*:

[...] (De todo modo), a **terceirização, entendida como** a transferência para outrem do encargo de realização de uma ou várias atividades anteriormente realizadas por empregados próprios, (está autorizada em nosso ordenamento)[...]

3 Outsourcing, Offshoring

Podemos classificar a terceirização em dois gêneros, divididos em algumas espécies, a saber: a) o chamado *outsourcing* - que dá a

⁶ Copyright@A-I Technology Pvt. Ltd., an Offshore Outsourcing Company.

Meaning of “Outsourcing” is: “A company or person that provides information; to find a supplier or service, to identify a source”. In lay man's language it is a pure contracting transaction whereby one company purchases services from another while retaining ownership and responsibility for the underlying processes; the clients tells the provider what they want and how they want the work performed.

⁷ ROSSI, Donatella. *Esternalizzazione, terziarizzazione o più semplicemente “outsourcing”*. Dirittonet, Milano, n. 133/04.

ideia de uma “fonte externa” - é a terceirização de serviços ou a produção de componentes repassada a outra empresa para executá-los dentro ou fora dos muros da tomadora, mas dentro do território nacional; normalmente, por questão de logística, em prédio contíguo ou próximo da contratante, exceção feita aos serviços de informática que independem de distância. Exemplos típicos são os casos Fiat em Betim, MG, e da GM no ABC paulista, em que os parceiros diretos estão localizados dentro da planta; b) o segundo grande gênero é o denominado *offshoring*, ou seja, aquela terceirização feita “fora da praia” do tomador dos serviços, normalmente no exterior. São expressivos os números, hoje em dia, desse tipo de terceirização tendo como destinos a Índia e a China, principalmente nas áreas de informática e metalurgia, respectivamente.

As principais espécies de *outsourcing* são o “*full outsourcing*” ou **terceirização integral** pela qual o cliente transfere ao executor dos serviços a plena propriedade de um setor da empresa, como por exemplo, o de informática. Tem-se, também, a **terceirização de base**, pela qual não se diminui os setores empresariais existentes, mas se procede à mera cessação de determinada atividade por conta própria e a transfere ao terceirizado. Exemplo típico é a da gestão de pessoal.

Abrindo um parêntese, no interior do Brasil, há muito tempo,

existe a figura do Contador Autônomo, logo seguido dos Escritórios de Contabilidade, incumbidos não apenas de fazerem a “escrita fiscal” de profissionais liberais, micro, pequenas e médias empresas, mas que é, seguramente, o embrião de uma gama maior de terceirização no país, abarcando, inclusive, gestão de pessoal. Há os mais organizados que já oferecem serviços de advocacia empresarial e trabalhista. Quanto a estes serviços não tem havido resistência, historicamente, pelos órgãos de fiscalização.

Fechando o parêntese e ainda segundo a mesma pesquisadora, Dra. Donatella Rossi, supracitada, tem-se, ainda, a **terceirização transformacional**, quando a mesma se faz acompanhar de uma reestruturação na área da empresa interessada. Terminada a reestruturação, volta-se à terceirização total do setor. Exemplo típico seria a terceirização do parque informático de determinada empresa, com o *upgrade* do equipamento e do *software*, inclusive com obras civis, quando necessário, e posterior continuidade na prestação dos serviços.

Segundo essa mesma tipologia tem-se, também, a **terceirização funcional**, pela qual se delega a terceiro uma inteira função ou, mais frequentemente, um inteiro processo. Caso típico se dá com a logística, mas acontece igualmente com a produção de determinados produtos

ou componentes, com a administração, o completo desenvolvimento organizacional e até com as vendas.

Tem-se, ainda, o *joint-venture outsourcing*, pelo qual se transfere um setor inteiro de determinada empresa a uma terceira, sociedade mista formada entre o capital do tomador e do prestador dos serviços, nos moldes das tradicionais *joint-ventures*, há muito conhecidas.

Por fim, o *group outsourcing* ou simplesmente, a terceirização feita para uma empresa do mesmo grupo econômico, inteiramente controlada pelo cliente.

4 Itália, EUA

Na Itália, com a entrada em vigor da Reforma Biagi em outubro de 2003, novos parâmetros foram colocados para a prática do *offshoring* pelas empresas nacionais. Pode haver transferência de um ramo da empresa ao exterior, mas é necessário demonstrar que a parte transferida goza de autonomia funcional no momento da passagem.

Tanto a legislação quanto a jurisprudência da Itália têm pontos comuns com a do Brasil, havendo descompasso e desatualidade entre *la legge posta* e a prática/realidade, haja vista que as empresas multinacionais italianas há muito se utilizam de mão de obra terceirizada, sendo exemplo típico as famosas

indústrias de confecção e acessórios, que se utilizam de faccionistas no Brasil, na China, na Índia, na Indonésia e em tantos outros países do mundo.

Acresça-se a situação das montadoras de automóveis, que há muito deixaram de ser fábricas e, para sobreviverem, adotaram o modelo toyotista de produção, que compreende a terceirização na fabricação de componentes, inclusive com pré-montagem de partes dos veículos, embora seja a tomadora a dona das patentes e a responsável pela supervisão dos produtos em fase final de montagem, formando o que chamo de encadeamento produtivo.

Mas existem outros exemplos interessantes na Itália, nessa área, como a questão da terceirização da gestão administrativa, o que, tendo-se em conta o grau de estatização nas áreas de cultura, educação e saúde naquele país denotam a importância do tema.

A respeito do assunto, a jornalista Laura Zanettini⁸ publicou interessante resenha de reunião havida na Universidade de Sienna para discutir a terceirização da gestão administrativa, com vistas a enfrentar as dificuldades com as sucessivas e malogradas tentativas de modernização do direito administrativo naquele país, abarcando diversos exemplos interessantes.

⁸ ZANETTINI, Laura. *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative. Resoconto del Convegno organizzato dall'IRPA, Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Sienna*. Disponível em: <<http://www.ernalizzazione.it>>.

Para ficar em dois nem tão recentes na área de terceirização das atividades administrativas na Itália, pós-consolidação da Comunidade Europeia, basta verificar-se dois atos do Banco Central Italiano, baixados para regular a terceirização no controle das moedas em circulação⁹ e o relativo aos *Call Centers*, pela Comunicação n. 2073042, de 7.11.2002, que estabelece normas para a externalização desse serviço de atendimento às instituições bancárias e financeiras do país.

Nos **Estados Unidos**, o *outsourcing* teve forte impulso durante a Segunda Grande Guerra, com o aumento sem precedentes na produção bélica e consolidou-se a partir da década de 50, com o virtuoso crescimento da economia do pós-guerra, mormente na indústria, chegando ao século XXI com um nível de terceirização nunca dantes alcançado, incluindo o *offshoring*, sendo, atualmente, as companhias americanas as maiores clientes das empresas de terceirização da Índia e China, principalmente na área de TI (tecnologia da informação). Hoje em dia, até mesmo as declarações de imposto de renda de boa parte dos cidadãos norte-americanos são preparadas na Índia a preços competitivos.

5 Fluxos: Índia e China

No processo de globaliza-

ção ocorrido nas últimas décadas do século XX muitos desdobramentos ocorreram, talvez sequer sonhados pelos seus arquitetos.

Um deles foi o fluxo de capitais migrantes à caça de oportunidades de investimentos, nem sempre no setor produtivo. O outro – e que interessa mais de perto a este estudo – refere-se aos serviços, sobretudo os prestados à distância.

A figura do trabalho como conhecida anteriormente, com o “operário” empregando sua força física – e mesmo mental – de forma presencial, em prol da produção de determinado bem ou serviço, dentro das dependências do empregador, ficou relativizada, na medida em que a rede mundial de computadores passou a permitir o contato imediato entre trabalhadores e tomadores de serviços de diversos continentes, em tempo real, com direito, inclusive à troca de imagens, tendo essa janela tecnológica aberto oportunidades para pessoas do terceiro mundo, antes excluídas dos principais mercados de trabalho e, o que é melhor, sem necessidade de emigrarem.

Um dos primeiros países a perceber essa oportunidade no mercado mundial foi a Índia, sobretudo pelo seu grau de desenvolvimento na área de Tecnologia da Informação, com escolas de excelência no setor. Empresas foram criadas espe-

⁹ Banca D'Italia, Vigilanza Creditizia e Finanziaria, Prov. N. 462765 del 7.5.2007, com vigência até 31.10.2010.

cialmente para atender a essa procura, sempre crescente, de trabalho realizado à distância.

Hoje temos *call centers* de muitas empresas, dos mais diversos países do mundo, baseados na Índia, com trabalhadores falando a língua do cliente e conectados à base de dados do tomador dos serviços, em tempo real.

Os serviços de arquitetura e engenharia, sobretudo no que se refere a projetos e cálculos estruturais, também têm sido terceirizados a empresas indianas.

Com a China a situação parece ter-se enveredado por outro setor: o industrial.

É certo que o preço da mão de obra/hora em qualquer país do primeiro mundo chega a ser até quinze ou vinte vezes maior do que o pago a um operário chinês.

A China, segundo relatos da Organização Internacional do Trabalho, tem muitos problemas na área de proteção aos direitos mínimos dos trabalhadores – embora avanços venham sendo registrados – mas tem uma demanda por postos de trabalho cada vez maior, na medida em que se opera, naquele gigante, uma migração considerável da zona rural para a urbana e que deve se agravar da autorização para que os possuidores de terras possam transferi-las a terceiros e mudarem-se de vez para os grandes centros.

Embora distante das grandes cidades do Ocidente, onde

estão baseados os maiores clientes da forte indústria metalúrgica chinesa, a China consegue produzir estruturas metálicas para a construção civil, por exemplo, com preços menores que os praticados no Brasil – já incluído o frete – o que certamente não se restringe ao valor da mão de obra, mas de outros fatores como tributação, insumos e produção em larga escala.

Esse fluxo quase que unidirecional – excetuada a importação de matéria-prima pela China e do pagamento pela importação de algum *hardware* ou de alguma licença de *software* pela Índia – dos países do Ocidente para a Índia e China demonstra o aproveitamento das oportunidades surgidas com o processo de mundialização, tão execrado pelos nossos intelectuais.

Esses exemplos servem para o Brasil, que ao invés de ficar tentando enquadrar o mundo, tal qual funciona hoje, na CLT, devia despertar para as outras oportunidades que o momento oferece e aumentar sua participação nesse bilionário mercado de trabalho para seus desempregados. Abrir postos de trabalho não significa, hoje, fazê-lo exclusivamente em território nacional, assim entendido no sentido tradicional, de destinação final da mão de obra.

6 Brasil

Infelizmente, no Brasil, a situação, embora a realidade fática tenha nos colocado dentro da

engrenagem mundial, ainda carece de ajustes por parte de nossos legisladores e até mesmo de nossos Tribunais na busca de um ponto de equilíbrio para essa equação.

Dois setores da economia são exemplos típicos dessa realidade: a construção civil e a atividade bancária.

O encadeamento produtivo no setor da construção civil talvez seja um dos mais antigos. A contratação de uma obra pode envolver apenas mão de obra especializada como serviço e material ou, ainda, projeto, serviço e material.

Nas grandes construções civis, sobretudo no setor de infraestrutura, dificilmente uma única empresa consegue vencer uma licitação sozinha, para tocar a obra toda, haja vista que na construção de uma usina hidrelétrica, por exemplo, o próprio projeto é fatiado entre os escritórios especializados nos diversos ramos da arquitetura e da engenharia, já que envolvem cálculos estruturais, elétrica, hidráulica, alvenaria, armação, não raro peças pré-fabricadas em cimento e aço, que demandam parcerias móveis, dependendo do local da obra, da logística disponível, da necessidade do serviço e, sobretudo, da vontade do cliente, ainda que este seja o Estado.

No meio urbano a situação não é diferente: na construção de um edifício de apartamentos, a empresa encarregada dos serviços de execução nem sempre é a incorporadora, não raro não fez o projeto

arquitetônico e vai necessitar, para sua realização, do concurso de diversos parceiros fornecedores de insumos e peças necessárias à conclusão da obra.

Seria impensável que uma construtora fosse obrigada a fabricar as portas, janelas, telhas, tijolos, pisos e outros componentes de um prédio, antes de iniciá-lo. Mesmo que tenha como produzir, através de parcerias, algumas das peças necessárias a atender à sua finalidade – construir edifícios, pontes, barragens, etc. – se poderia imputar a esse processo de encadeamento produtivo a pecha de terceirização fraudulenta.

Certamente uma vidraçaria vai poder fazer um serviço melhor de fornecimento e colocação de vidros e congêneres do que uma construtora, embora seja imprescindível à entrega da obra a existência desse serviço, de resto, desde o projeto, previsto.

Também não se deve confundir subordinação técnica – ao projeto, a normas internacionais ou mesmo nacionais, a critérios de certificação do tipo ISO – com a subordinação de que trata o art. 3º da CLT.

Também no **setor bancário** a terceirização – complementaridade de serviços – sofreu profundas transformações.

Com a informatização do setor, operações que antes levavam dias – como a transferência de recursos para o exterior e vice-versa

– hoje são feitas imediatamente, em tempo real.

Em qualquer calçada do mundo é possível sacar moeda local com a simples posse de um cartão de crédito ou de débito. Certamente essa operação tão simples para o consumidor – apropriar-se de dinheiro existente em sua conta-corrente no Brasil a partir de uma ilha na Grécia – envolve uma cadeia de procedimentos e operações somente possíveis de serem viabilizadas através de parcerias.

Seria impensável imaginar-se que o Banco X pudesse instalar seus próprios caixas automáticos em todas as cidades do planeta visando atender seus clientes viajantes.

No entanto, com as parcerias tornou-se possível colocar à disposição do ser humano mais esse conforto, onde quer que esteja. O mesmo ocorre no setor da telefonia, com o sistema do *roaming*, etc.

Voltando ao setor bancário no Brasil, desde que a CLT foi escrita na década de 1940, houve uma revolução inimaginável pelos seus autores.

As operações bancárias que eram lançadas manualmente em grandes livros e fichas hoje são feitas pelos clientes, em grande parte, através da Internet, de seus próprios escritórios ou residências ou mesmo de terminais espalhados em farmácias e supermercados.

Essa operação, como já dito,

ao alcance de nossos dedos, apenas tornou-se possível através da complementaridade de serviços prestados por parceiros diversos, que incluem, além dos provedores de Internet, as companhias telefônicas, de eletricidade e as operadoras de *tevé a cabo*, por cujos veios fluem os dados trocados entre os clientes e suas agências bancárias; os programadores dos computadores; os fabricantes de *software*; os que dão suporte às operações, tanto no Brasil quanto no exterior, sem que se perceba ou se visualize essa interação. Por óbvio esses parceiros empregam mão de obra para atender às necessidades que lhe são criadas.

Em nota divulgada no *site* da ITWeb, de 23 de setembro de 2005, a empresa dá notícia de contrato internacional bilionário firmado entre o então ABN Amro Bank e a IBM, visando a terceirização de parte de sua divisão de TI. O contrato de 2,2 bilhões de dólares tinha duração inicial prevista de 5 anos e através dele a contratada ficou responsável por servidores e armazenamento de dados, *desktops* e impressoras. As empresas indianas de TI Infosys e Tata Consultancy ficaram responsáveis por aplicações e suporte. As três empresas passaram a trabalhar junto com a Accenture e outra empresa indiana de *software*, Patni Computer Systems, para desenvolver as aplicações para o Banco.

Esse contrato não está ao

alcance da nossa vetusta CLT nem poderá, s.m.j., o governo brasileiro pretender intervir no pactuado entre as partes, ainda que o Banco tenha atuação também no país.

É mais um exemplo claro dos contratos de terceirização *off-shore*, que não enxergam fronteiras no mundo globalizado.

Além desses dois exemplos poder-se-ia lembrar dos setores moveleiro e calçadista, igualmente responsáveis por um bom número de parcerias no processo de encadernamento produtivo.

Em artigo publicado no *site* do TST intitulado “Terceirização: anomia inadmissível”, o Ministro Vantuil Abdala,¹⁰ referindo-se a esse descompasso foi enfático, *verbatim*:

Não se trata mais de ser contra ou a favor da terceirização. Está-se diante de uma realidade inexorável: A terceirização não vai acabar. Ninguém razoavelmente () imagina uma economia saudável no Brasil se a contratação de empresas especializadas na execução de serviços determinados fosse impossibilitada. Estamos, pois, diante da advertência de George Ripert: **'quando o direito ignora a realidade, a realidade se vinga, ignorando o direito.'**

Não temos, por enquanto, uma lei específica a regular a tercei-

rização, de modo amplo, não se sabendo, ao certo, até que ponto ela poderia melhorar a atual situação, principalmente em face do grande número de situações, produtos e serviços terceirizáveis.

Há quem defenda uma completa desregulamentação, a fim de que as partes – ou “o mercado” – encontre, por si só, as hipóteses e condições em que a terceirização deva – e convenha – ser feita.

Entre nós as relações entre trabalhadores e empregadores da iniciativa privada são reguladas, via de regra, pela Consolidação das Leis do Trabalho, editada em 1943 e emendada ao longo de seus quase 67 anos, mas mantendo, quanto à terceirização, em linhas gerais, os mesmos entraves apontados pelos primeiros intérpretes, quais sejam, a falta de previsão expressa e a total ausência de parâmetros que possam diferenciá-la dos elementos caracterizadores da relação de emprego direta, constantes de seu art.3º, *verbis*:

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Parágrafo único - Não haverá distinções relativas à espécie de emprego e à condição de trabalhador, nem entre o trabalho

¹⁰ ABDALA, Vantuil. **Terceirização: anomia inadmissível**. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=71915%20, veiculado no *site* do TST.

intelectual, técnico e manual.

Qualquer alegação de vínculo indireto é taxada de nula de pleno direito na forma do art. 9º, do mesmo diploma legal.

Ao longo dos anos houve a edição de algumas leis, excepcionando situações que o legislador foi encontrando, movido por grupos de pressão, normalmente em favor de categorias (ora profissionais, ora patronais), sem, contudo, alcançar um padrão considerado razoável pelo atual nível de **encadeamento produtivo** atingido pelo processo de globalização.

Dentre elas destacamos a Lei n. 6.019, de 3.1.1974, do trabalho temporário, e a Lei n. 7.102, de 20.6.1983, do serviço de vigilância, que expressamente previram hipóteses em que a terceirização seria tida como lícita em nosso ordenamento jurídico.

A partir dessas exceções e com base na jurisprudência que se consolidava, o Tribunal Superior do Trabalho houve por bem, em 1986, editar a Súmula n. 256 assim redigida, *verbis*:

SÚMULA 256: CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nos. 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador

dos serviços. (Res. 4/1986, DJU de 30.09.1986).

Cerca de 5 anos depois, nova modificação foi introduzida na mencionada Súmula, desta vez para atribuir ao tomador dos serviços a responsabilidade subsidiária, culminando com a última modificação em 18.9.2000, com o novo texto aprovado para a Súmula n.331/TST, com a seguinte redação, *verbis*:

Súmula Nº 331 do TST

Contrato de prestação de serviços. Legalidade - (Inciso IV alterado pela Res. 96/2000, DJ 18.09.2000)

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica

a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial (art. 71 da Lei n. 8.666, de 21.06.1993).

Fixado o entendimento do Colendo TST quanto aos limites da terceirização e seus efeitos, inclusive pecuniários, sua SDI-1 houve por bem excepcionar do item IV, da Súmula n. 331 retro, a hipótese de contrato por empreitada, desde que não se trate de empresa construtora. Eis o texto, *verbis*:

ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO
SEÇÃO DE DISSÍDIOS INDIVIDUAIS (Subseção I)

191. **DONO DA OBRA. RESPONSABILIDADE.** Inserida em 08.11.00

Diante da inexistência de previsão legal, o contrato de empreitada entre o dono da obra e o empreiteiro não enseja responsabilidade solidária ou subsidiária nas obrigações trabalhistas contraídas pelo empreiteiro, salvo sendo o dono da obra uma empresa **construtora** ou incorporadora. (g.n.)

Além dessa normativa e da jurisprudência consolidada, o

Governo Federal, quando do processo de privatização das teles – as empresas de telefonia do país, durante o Governo FHC – depois de uma primeira tentativa frustrada, houve por bem abrandar o rigor da legislação trabalhista para o Setor, editando a Lei n.9.472/97, **que autorizou a terceirização ampla, incluindo atividades meio e fim das empresas privatizadas**, como forma de possibilitar sua arrematação e saneamento, passando-se de um modelo ineficiente de servidores e/ou empregados públicos para o de mercado, da iniciativa privada, *verbis*:

Art. 94. No cumprimento de seus deveres, **a concessionária poderá**, observadas as condições e limites estabelecidos pela Agência:

I - empregar, na execução dos serviços, equipamentos e infra-estrutura que não lhe pertençam;

II - contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados.

§ 1º Em qualquer caso, a concessionária continuará sempre responsável perante a Agência e os usuários.

§ 2º **Serão regidas pelo direito comum as relações da concessionária com os terceiros**, que não terão direitos frente à Agência, observado o disposto no art. 117 desta Lei. (grifou-se)
No setor elétrico também

houve situação semelhante e o principal fundamento utilizado pelos empresários interessados em participar do leilão de ambos os casos era de que, da forma como estava, seria impossível atingir-se o patamar desejado pelo Governo Federal, de instalação de linhas telefônicas e de transmissão pelo país, haja vista a carência de mão de obra treinada e vinculada às empresas oferecidas à venda, o que acabou demonstrado como verdadeiro uma vez decorridos mais de dez anos desde aquele momento histórico, quando há linhas fixas e celulares em abundância em todo o país.

O Banco Central, por sua vez, sensível à problemática da falta de capilaridade da rede bancária em cidades e distritos de baixa densidade demográfica e pouco poder aquisitivo, também editou norma autorizando a terceirização dos serviços bancários através dos chamados “correspondentes”, possibilitando ao cidadão residente nos mais longínquos rincões o acesso a bens e facilidades, antes reservados apenas aos moradores das médias e grandes cidades. Pela normativa vigente, os Bancos comerciais podem contratar com pessoas jurídicas não especialmente criadas para tal fim os serviços de correspondente bancário, ficando responsável perante clientes ou terceiros por quaisquer problemas surgidos com o prestador dos mesmos. Hoje temos padarias, mercados, açou-

gues, farmácias, lotéricas, todos recebendo contas de luz, de IPTU, boletos bancários, etc.

Já o Governo Lula vem alardeando os benefícios das PPP's ou Parcerias Público-Privadas, que embutem em seu conceito a inevitável terceirização na realização de obras de infraestrutura, tão necessárias ao país.

Ainda no seu segundo mandato, o Presidente Lula sancionou a Lei n. 11.442, de 5 de janeiro de 2007, que “dispõe sobre o transporte rodoviário de cargas por conta de terceiros e mediante remuneração”, revogando a Lei n. 6.813, de 10 de julho de 1980, por iniciativa do setor de transporte de cargas, pela qual se regulou a atividade do transportador autônomo de carga e se definiu o que é uma empresa transportadora, **declarando expressamente a possibilidade da terceirização e fixando a competência da Justiça Comum Estadual para dirimir quaisquer conflitos oriundos de tal relação**, afastando, por completo, a existência de relação de emprego em tais hipóteses.

Em junho de 2008, o Congresso aprovou a Lei n. 11.718, através da conversão da MP n. 410/2007, autorizando o produtor rural, pessoa física, a realizar contratação de trabalhador rural por pequeno prazo para a realização de tarefas sazonais, limitando-a a 2 meses dentro de 1 ano, inclusive com a dispensa de anotação em

CTPS, não sem antes ter gerado muitos debates e controvérsias.

- A TERCEIRIZAÇÃO E O CONGRESSO NACIONAL

Todavia, há diversos projetos de lei em andamento, no Congresso, dentre eles PL n. 4.302/1998, aprovado com alterações pela Comissão de Trabalho, no final de outubro de 2008, estando com o texto pronto para votação em Plenário, projeto esse que já houvera sido aprovado no Senado; PL n. 3.859/2000, Autor Coriolano Sales, PMDB/BA, Relatora Deputada Dra. Clair, visando o enquadramento do empregado que atue como correspondente bancário no art. 224 da CLT; o PL n. 1.621/2007 do Deputado Vicentinho (PT/SP) e o PL n. 4.330/2004, do Deputado Sandro Mabel (PR/GO).

Os dois últimos projetos de lei têm linhas ideológicas antagônicas e dificilmente poderão ser aprovados.

Do ponto de vista empresarial, o que melhor atende à realidade do mercado é o último, de autoria do Deputado Sandro Mabel e vice-versa.

A este foram apresentadas 13 emendas na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio; 11 emendas na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, já tendo recebido Parecer favorável da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio

(Relator Dep. Reinaldo Betão), bem como encerrado o prazo para apresentação de emendas na CTASP em 19/3/2007.

O primeiro projeto, PL n. 1.621/2007, do Deputado Vicentinho, encontrava-se na Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio, não tendo sido apresentada nenhuma emenda no prazo legal, findo em 11/9/2007, tendo sido designado Relator o Deputado Nelson Marquezelli (PTB/SP). Todos, no entanto, aguardam nos escaninhos do Congresso.

- A TERCEIRIZAÇÃO E O JUDICIÁRIO

Desde a edição da Súmula n. 331, já transcrita, e da Orientação Jurisprudencial referida, nenhuma mudança importante ocorreu no âmbito do Judiciário, mormente do Tribunal Superior do Trabalho.

Muitos recursos têm sido trancados com base na mencionada Súmula e outros têm sido excepcionados, ora com base em lei esparsa, ora com base no conjunto fático trazido no acórdão regional.

Cite-se, como exemplo, o acórdão proferido no TST-RR-347/2005-003-17-00, publicado no DJU de 18/4/2008, Relator Ministro Brito Pereira, do qual se transcreve pequeno excerto de sua ementa, *in verbis*:

TELEMAR. VÍNCULO DE EMPREGO. EMPRESA DE TELECOMUNICAÇÕES.

**INSTALAÇÃO E RECUPE-
RAÇÃO DE TELEFONES.
TERCEIRIZAÇÃO DAS
ATIVIDADES. LEI 9.472/97.
LICITUDE.**

(...)

II- Quis o legislador, no caso específico das telecomunicações, ampliar o leque das terceirizações, liberando a empresa para a prestação do serviço público precípua, que é a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza. Nesse diapasão é que o **art. 94 da Lei 9.472/97**, que, ao estipular os requisitos do contrato de concessão do serviço de telecomunicações, **permite a terceirização inclusive em atividades-fim**.(...)

III- Não pode o intérprete **distanciar-se da vontade do legislador**, expressa no sentido de permitir as terceirizações de 'atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço, bem como a implementação de projetos associados. (grifou-se)

Outro exemplo interessante, este sem estar baseado em lei esparsa autorizando subcontratação, está estampado no v. acórdão proferido pelo Ministro Márcio Eurico Vitral Amaro, no processo TST-AIRR-438/2002-082-03-00.2, 8ª Turma, sessão de 29/10/08, de onde se extraem os seguintes excertos, colacionados a partir das razões de decidir do v.acórdão regional, ao

final referendado pelo TST, *in verbis*:

2. MÉRITO.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA. EMPRESA VINCULADA AO RAMO DA PRODUÇÃO DE FERRO-GUSA. TERCEIRIZAÇÃO DA PRODUÇÃO DE CARVÃO VEGETAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA INGERÊNCIA DA TOMADORA DOS SERVIÇOS NA ATIVIDADE TERCEIRIZADA.(...)"

(...)

O que me parece oportuno ponderar é que a eventual cadeia de elementos que se forme para, ao final, se chegar à atividade-fim, **nem por isso nela se insere, pois não perde o caráter de meio** para alcançar um fim. **Não há nos autos fraude** nem menoscabo a direito constitucionalmente assegurado (grifos do último parágrafo constantes do original).

Por fim um terceiro julgado, da lavra da Ministra Cristina Peduzzi excepcionando do âmbito da Súmula n. 331/TST a hipótese de cooperativa de professores legalmente constituída, *verbatim*:

Ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - PRELIMINAR DE NULIDADE POR NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL - UTILIZAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DE ACÓRDÃO DIVERSO COMO RAZÕES DE DECI-

DIR O acórdão regional procedeu ao completo e fundamentado desate da lide. Assim, não há como divisar negativa de prestação jurisdicional. O simples fato de o Eg. Tribunal Regional ter utilizado como razões de decidir os fundamentos de outro acórdão não implica negativa de prestação jurisdicional vez que ambos os processos possuem as mesmas premissas fáticas. **COOPERATIVA - REGULARIDADE - TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS - ATIVIDADE-FIM DO TOMADOR - ART. 442, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CLT** 1. O cooperativismo encerra sistema tradicional de relação de trabalho, inicialmente formado em torno de atividades rurais, como, v.g., as cooperativas agrícolas. O desenvolvimento da sociedade e da economia impeliu, porém, à expansão do cooperativismo para novos ramos, como o da prestação de serviços especializados. 2. Essa difusão do sistema cooperativo restou viabilizada pela Lei nº 8.949/94, que inseriu o parágrafo único no art. 442 da CLT: -Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela.- (grifei). 3. Trata-se, portanto, de forma diferenciada de relação de trabalho, estabelecendo o dispositivo a presunção 3. Trata-se, portanto, de forma diferenciada de relação de trabalho, esta-

belecendo o dispositivo a presunção iuris tantum de ausência de vínculo de emprego. 4. Diante dessas peculiaridades, não há como aplicar às cooperativas o entendimento consubstanciado na Súmula nº 331 desta Corte, restrito às hipóteses de relação triangular de prestação de serviços, com vínculo empregatício entre a prestadora e o trabalhador. 5. Na espécie, a Corte de origem declarou a regularidade da constituição e do funcionamento da cooperativa de professores, com observância dos requisitos legais. 6. Desse modo, não há como reconhecer o vínculo de emprego entre a Reclamante e o tomador dos serviços. Agravado de Instrumento a que se nega provimento **Processo:** AIRR - 1857/2003-014-06-40.2 **Data de Julgamento:** 21/06/2006, **Relatora Ministra:** Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 3ª Turma, **Data de Publicação:** DJ 10/08/2006." (grifos do original)

A novidade, talvez, esteja por conta das novas atribuições trazidas pela EC n. 45/2004, relativamente aos processos decorrentes das autuações do Ministério do Trabalho em matéria de terceirização.

Como sabido, as DRT's ou Superintendências, como agora denominadas, têm autuado as empresas que terceirizam seus serviços, na maioria das vezes com base unicamente na Súmula n. 331

do TST, retro transcrita.

O procedimento tem gerado inúmeras ações anulatórias, sob diversos fundamentos e, mais recentemente, mandados de segurança impetrados sob a alegação de violação do princípio da independência dos Poderes, dentre outras teses, com resultados positivos nos Tribunais Regionais do Trabalho da 2ª e da 17ª Regiões.

Ignora-se a vigência do art. 39 da CLT e a solenidade ali imposta. Violam-se direitos e garantias constitucionais, declaram-se inexistentes empresas vintenárias e as remetem à condição de rés nas execuções da Fazenda Pública.

Data venia, não cabe à fiscalização, invocando princípios de hermenêutica e Súmula de Corte Trabalhista, **decidir** quanto à suposta nulidade dos contratos existentes entre empresas e transmudá-los em vínculo de emprego entre a empresa tomadora e os empregados da terceirizada, quando já devidamente formalizados.

Se alguma irregularidade for constatada em relação a tais empregados, quem deve responder por elas é quem os assalaria e exige deles sua força de trabalho, recolhe seus encargos e procede às devidas anotações em suas respectivas carteiras de trabalho.

Ademais, cabe aos interessados envolvidos na relação jurídica, se o desejarem, alegar a suposta nulidade do contrato de trabalho

existente. Todavia terão que fazê-lo perante o Judiciário.

É que, consoante disposto no art. 39 da CLT, *verbis*:

Art. 39 - Verificando-se que as alegações feitas pelo reclamado versam sobre a não existência de relação de emprego ou sendo impossível verificar essa condição pelos meios administrativos, **será o processo encaminhado a Justiça do Trabalho ficando, nesse caso, sobrestado o julgamento do auto de infração que houver sido lavrado.** (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)(g.n.)

Ora, se cabe **privativamente** ao Poder Judiciário conhecer e decidir originariamente de questões que versem sobre vínculo de emprego e não sendo a hipótese do art. 41 da CLT, não há campo de atuação – nem para autuação – pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Ao assim proceder viola-se o art. 114 e seus parágrafos, da Constituição Federal vigente quando estatui, *verbis*:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: **(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)**

I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; **(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)**

(...)

IX- outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.” (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Como se não bastasse, usurpa-se de atribuição constitucionalmente atribuída a outro Poder, porquanto não se limitam os AFT's à verificação da existência de formalização dos contratos de trabalho dos operários encontrados em atividade, mas proferem verdadeiras sentenças administrativas desconstituindo ao mesmo tempo um contrato de natureza civil celebrado entre 2 ou mais empresas entre si - competência da Justiça Comum Estadual - e outros tantos contratos de trabalho legalmente formalizados.

Violam-se, ainda, os incisos II, XXXVI e LIII, do art. 5º, da Magna Carta, *verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela

autoridade competente;(...)
(g.n.)

Espera-se, pois, aqui, uma reflexão mais profunda no âmbito das ações anulatórias e outras que venham impugnar esse tipo de **sentença administrativa** que virou o Auto de Infração em matéria de terceirização, excetuadas as hipóteses de informalidade, como já ressalvado.

- SERIA A SÚMULA N. 331/TST INCONSTITUCIONAL?

Para o eminente Professor Luís Roberto Barroso, constitucionalista reverenciado pela atual composição do Supremo Tribunal Federal, a Súmula n. 331/TST é inconstitucional.

Seriam necessárias outras tantas páginas para poder analisar convenientemente a questão colocada neste tópico ou mesmo transcrever aqueles doutos ensinamentos, vazados em dois Pareceres distintos, um de índole processual e outro, meritória.

Contudo, talvez esta seja uma oportunidade única para se trazer a lume parte do referido estudo focado, exatamente, na Súmula n. 331 do TST.

O primeiro trata da questão do eventual cabimento de controle concentrado, pela Suprema Corte, das Súmulas dos Tribunais Superiores, baseando-se na súmula objeto deste tópico. Dele extraem-se dois excertos, *verbis*:

2. A jurisprudência tradicional do STF sobre a matéria tem negado a possibilidade de impugnação judicial de súmulas, assumindo a premissa de que os enunciados teriam apenas a função de cristalizar entendimentos jurisprudenciais dominantes. Isto é: as súmulas não seriam atos do Poder Público dotados de efeitos autônomos e capazes de causar prejuízo a terceiros. Como se verá, essa orientação restritiva não é mais compatível com o papel que os precedentes assumiram no Direito brasileiro, nem com os efeitos que a legislação tem atribuído às súmulas. Tal circunstância tem sido destacada, inclusive, por alguns ministros do Supremo Tribunal Federal, que manifestaram a necessidade de rediscussão da matéria.¹¹

3. O item I do Enunciado nº 331 do TST fornece um exemplo bastante ilustrativo da necessidade de revisão do tema do controle de constitucionalidade de súmulas.”

E fulmina, na parte final de seu estudo, a mencionada Súmula, nos seguintes termos, *verbatim*:

“ V. A HIPÓTESE EM EXAME: O ITEM I DO ENUNCIADO Nº 331, DO TST

35. Demonstrada, em caráter geral, a possibilidade de utilização da ADPF para a impugnação de súmulas, cabe agora abordar de forma específica o caso do item I do Enunciado nº 331, do TST. A invalidade do dispositivo foi examinada em estudo próprio, cabendo aqui apenas destacar, de forma breve, **que ele viola um conjunto significativo de preceitos fundamentais, causando-lhes lesão autônoma.**

36. Já se destacou que a existência de uma súmula de jurisprudência – com os efeitos que hoje lhe são atribuídos pela legislação – simplifica consideravelmente o devido processo legal, tanto por reduzir o ônus argumentativo imposto aos magistrados, quanto por restringir a utilização de recursos e/ou abreviar seu processamento. Tais restrições destinam-se a incrementar a celeridade processual e mesmo a coerência da ordem jurídica, facilitando a prevalência dos entendimentos jurisprudenciais dominantes e evitando que situações idênticas recebam tratamentos diversos.¹² O que justifica essa simplificação é justamente o fato de a questão jurídica específica e individualiza-

¹¹ Nesse sentido, reconhecendo expressamente a necessidade de que o tema seja objeto de nova análise à luz dos efeitos processuais atribuídos às súmulas, vejam-se as manifestações dos Ministros Sepúlveda Pertence, Gilmar Mendes e Carlos Britto, no AgRg na ADPF 80 (*DJU* 10.ago.2006, p. 20, Rel. Min. Eros Grau). De forma especialmente ilustrativa, vale a pena transcrever a seguinte passagem de manifestação do Min. Gilmar Mendes, em aparte ao voto do Min. Sepúlveda Pertence: **“Hoje, na verdade, essa tese já encontra dificuldades, como Vossa Excelência já percebeu, porque estamos na seara da súmula obstativa. Na medida em que provê, ou não, recursos a partir da súmula, ela adquire uma força normativa”**.

da – o objeto da súmula – já ter sido objeto de um conjunto de decisões e ter se pacificado determinada compreensão.

37. Não se admite, contudo, que o Judiciário se valha da edição de súmula para instituir um regramento genérico sobre questões que não examinou, mas que lhe pareçam importantes, o que o equipararia ao legislador e fulminaria o preceito fundamental da separação de Poderes. O que legitima as súmulas – e os efeitos processuais relevantes que atualmente lhes são atribuídos – é, repita-se, o fato de cristalizarem entendimento jurisprudencial dominante a respeito de situação-tipo específica. Se o órgão jurisdicional se vale da súmula para disciplinar determinado aspecto da realidade em caráter geral – alcançando situações de fato diversas das que foram objeto de julgamento – produz típico ato legislativo. O nomen juris súmula evidentemente não afasta essa conclusão e a inconstitucionalidade daí decorrente.

38. Além de violar a separação dos Poderes, a edição de súmulas genéricas violaria igualmente os preceitos fundamentais do acesso à justiça e do devido processo legal, com os corolários que lhe são inerentes. O enunciado de súmula está vinculado às decisões que deram origem à sua edição, devendo ser redigido de tal modo que seja aplicável tão-somente às situações equiparáveis àquelas que tenham sido objeto de julgamento específico. A razão é simples. A Constituição assegura aos indivíduos amplo acesso à Justiça, traduzido no direito a uma avaliação dos casos concretos segundo um devido processo legal. Tal garantia evidentemente não se satisfaz com a extensão automática de decisões produzidas diante de um contexto diverso. Ora, admite-se que a súmula abrevie esse devido processo legal porque se assume que a questão já foi objeto de análise exaustiva: a edição de súmula genérica é claramente incompatível com

¹² Embora ainda haja grande controvérsia sobre as exigências que se pode impor ao Poder Público com base no dever de coerência, a sua existência já mereceu reconhecimento explícito por parte do STF. V. *DJ* 9.jun.1995, RE 160486/SP, Rel. Min. Celso de Mello: “Os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional, constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência”. Sobre o princípio da coerência, na doutrina, v. ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. *The concept of coherence and its significance for discursive rationality*, *Ratio Juris* 3:130-47, 1990; MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005; PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 221 e ss. No Brasil, v. ÁVILA, Humberto. *Sistema constitucional tributário*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 27 e ss., e GAENSLY, Marina. *O princípio da coerência: reflexões de teoria geral do direito contemporânea*. 2005. 251 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público)–Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

essa premissa.

39. Por fim, uma súmula editada nos termos aqui descritos **violaria ainda o princípio da isonomia, igualmente um preceito fundamental**, na medida em que se abre espaço para que situações diferentes recebam o mesmo tratamento jurídico de forma praticamente automatizada.¹³ É certo que a parte prejudicada pode tentar demonstrar que, embora a descrição contida na súmula **pareça abarcar** a situação em exame, ela não deve ser aplicada ao caso concreto, em atenção às suas peculiaridades de fato. Em muitos casos, a especial diligência dos magistrados **afastará a aplicação indevida da súmula de conteúdo aberto**. Entretanto, não é crível que isso ocorra sempre e, de qualquer forma, não é legítimo que as partes estejam sujeitas ao ônus de superar esse tipo de presunção adversa, baseada na generalização de decisões particulares. **O devido processo legal exige um juiz imparcial e uma avaliação isenta do caso concreto, e não a possibilidade – mais ou menos real – de convencer o magistrado de que não deve aplicar uma solução preconcebida para outro conjunto de fatos.**

40. Em suma, **é possível concluir afirmando que uma súmula vazada em termos genéricos aproxima-se peri-**

gosamente de um ato legislativo e acaba se mostrando potencialmente aplicável também a situações diversas das que originaram a sua edição, impedindo as partes de obter um julgamento adequado e imparcial, nos termos que a Constituição exige. O Enunciado nº 331 incorre precisamente nos problemas que se acaba de apontar, e de maneira muito clara. Para encadear o raciocínio, transcreva-se novamente o Enunciado nº 331, com destaque no seu item I:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (mantida) – Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003
I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

(...)

41. **Ao contrário** do que a assertiva genérica contida no Enunciado faz supor, **a prestação de serviços por trabalhadores vinculados à empresa interposta pode ser lícita ou ilícita**. Será ilícita nos casos em que haja fraude, servindo a empresa em questão como mera fachada para contratação irregular, fugindo às exigências inerentes ao direito do trabalho. A doutrina especializada e a jurisprudência trabalhista

¹³ Como demonstrado, é da própria lógica das súmulas que elas sejam aplicadas a todos os casos que se incluam, aparentemente, na descrição do seu relato. Embora o afastamento seja possível, apresenta-se como manifestamente excepcional, sob pena de que as súmulas se tornem, no mínimo, inócuas.

reconhecem que a distinção entre a prestação regular de serviços e as contratações irregulares quase sempre é bastante complexa, demandando a análise das particularidades de cada situação fática. O Enunciado nº 331 não parece capaz de dar conta dessas circunstâncias de forma adequada, potencializando a ocorrência de injustiças contra qualquer uma das partes envolvidas na relação trabalhista.¹⁴

42. De fato, os elementos envolvidos nessa análise factual e mencionados no Enunciado nº 331 – pessoalidade; subordinação direta; e atividade-meio – constituem, eles mesmos, conceitos jurídicos indeterminados, envolta em controvérsia e sujeitos a grande variação, dada a quantidade incontável de circunstâncias fáticas e regimes trabalhistas possíveis. Por conta de sua **textura aberta**, o item I do Enunciado nº 331 acaba podendo ser aplicado de forma indiscriminada.

43. **O resultado final produzido pelo Item I do Enunciado nº 331 do TST é, portanto, nitidamente incompatível com a Constituição:** entendimento jurisprudencial produzido à luz de certas situações de fato acaba podendo ser estendido a outras de forma quase automatizada, minimizando os rigores do devido processo legal e difi-

cultando o cabimento de recursos. **Inegável, portanto, a violação aos preceitos fundamentais da separação de Poderes, do acesso à justiça, do devido processo legal e da isonomia.**”(grifou-se)

Por sua vez, o douto Parecer em que S.S^a analisa a Súmula n. 331 com enfoque meritório está assim ementado, *verbatim*:

LIMITES CONSTITUCIONAIS À EDIÇÃO DE SÚMULA POR TRIBUNAL SUPERIOR

Ementa: Súmula de enunciado excessivamente genérico e aberto, que inclui conceitos jurídicos indeterminados. Aplicação potencial a inúmeras hipóteses não consideradas nos precedentes que levaram à sua edição. Violação aos princípios da separação de Poderes, devido processo legal e isonomia.

A exemplo do outro Parecer já referido, depois de esmiuçar a matéria com a propriedade e competência que lhe são peculiares, conclui seu veredicto nos seguintes termos:

(E) O item I do Enunciado nº 331 do TST incorre nas violações referidas acima. Produzido a partir da revisão de outro Enunciado do TST – o de nº 256 –, e **justamente por conta de seu caráter vago**, o novo enunciado conservou o

¹⁴ Nesse sentido, reconhecendo que o Enunciado n. 331 não dá conta de apreender toda a realidade fática, v. MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 132: “(...) não pode ser entendido como taxativo, mas podem existir outras atividades que podem ser terceirizadas ou pode existir fraude nas atividades nele indicadas”.

mesmo problema. **Em vez de identificar situações-tipo que gerariam contratações regulares ou irregulares, o item I limita-se a enunciar, de forma genérica, que o emprego de trabalhador cedido por empresa interposta seria fraudulento, desconsiderando a variedade de situações encontradas no mundo real.** Na tentativa de produzir maior segurança, o Enunciado nº 331 acaba exacerbando os referidos problemas, valendo-se de conceitos jurídicos notoriamente indeterminados, como subordinação direta, pessoalidade e a distinção, **não raro ténue**, entre atividades-fim e atividades-meio. **Na prática, o Enunciado nº 331 equipara-se a um dispositivo de lei:** em vez de guardar relação com as situações que motivaram sua edição, **assume a forma de um regramento geral, extensível a situações que não tenham sido analisadas de forma específica segundo o devido processo legal.**

É como me parece.

Rio de Janeiro, 13 de junho de 2008. (grifou-se)

7 Extravasamento do conceito de atividade preponderante da empresa para a empresa preponderante dentro do grupo econômico. Equívocos

Outro problema que tem permeado as difíceis relações entre empresas tomadoras de serviços e empresas fornecedoras de mão de obra, com ou sem insumos, é a rela-

tiva ao enquadramento sindical pela atividade preponderante da empresa tomadora dos serviços.

Como se não bastasse, há, ainda, o enquadramento pela atividade da empresa mais importante dentro do grupo econômico, chegando-se ao ponto de pretender o enquadramento, num caso concreto em que officiei, enquanto Membro do MPT, de um tratorista, nas benesses da Convenção Coletiva dos Bancários, porque um Banco, então estatal, adjudicou, em execução, uma fazenda, no Estado do Paraná.

Com os terceirizados não tem sido diferente.

No entanto, o Ministério do Trabalho, através da Nota Técnica/CGRT/SRT n. 08/2004, que tem por assunto “Enquadramento Sindical na Terceirização”, já referida, é enfático ao recomendar, no tópico intitulado “Terceirização e Enquadramento Sindical”, que:

[...] como organização distinta e autônoma à do contratante dos serviços, parece certo que a atividade econômica preponderante do terceirizado **não se igualará** ou não guardará semelhança com a atividade focalizada pela organização do tomador, até porque, na diáse atividade-meio e atividade-fim, **o que é serviço acessório para o segundo é motivo de ser do primeiro.** (...) E mais, **cada uma se relacionará com as representações coletivas dos trabalhadores segundo a**

conformação econômica de sua particular atividade preponderante. (grifou-se)

8 Sufocamento da atividade sindical pela exacerbação da atividade estatal

Agindo de forma diferente da preconizada na Nota Técnica acima referida a Autoridade do Ministério do Trabalho acaba por sufocar a atividade sindical já dita incipiente no Brasil, pela exacerbação da atividade estatal.

Com isso, fortalecem-se Sindicatos acomodados que têm no Executivo seu defensor *ad doc*, contribuindo essa cultura para a perenização do nível de sindicalismo praticado no país – salvo exceções – impedindo-se, na prática, o surgimento de novas entidades, mais representativas e específicas, com inegáveis prejuízos aos milhares, talvez milhões de trabalhadores já vinculados ao setor.

9 Novos rumos: sensibilidade social

Diante do quadro posto, depreende-se que o país não pode fazer de conta de que ainda se está na década de 40 e a CLT seja bálsamo curador para todos os males.

É preciso muita sensibilidade social por parte dos Agentes Públicos. O setor de serviços tem sido o grande responsável pelo au-

mento significativo na formalização de contratos, principalmente pela CLT, pois o parceiro de uma construtora ou de uma montadora, que além da sua força de trabalho emprega outros trabalhadores, também tem seu contrato formalizado, embora de natureza civil, recolhendo impostos e contribuições à Previdência, fazendo jus à aposentadoria, no devido tempo, como os demais empregados do setor privado.

Não deve haver tolerância alguma quando violado o art. 41 da CLT por qualquer dos parceiros, em relação a seus empregados, bem como no que pertine aos impostos e encargos sociais a que está obrigado,

sendo de se manter entendimento segundo o qual a empresa contratante fica subsidiariamente responsável por eventual inadimplência do empregador direto, como corolário da aplicação do princípio do direito civil da culpa *in eligendo*.

Todavia, essa ojeriza, essa aversão que se construiu contra a terceirização – na esteira do combate implacável às cooperativas, sejam elas de que tipo forem – tem impedido o país de crescer, não apenas economicamente, mas como Nação, dando segurança jurídica a seus cidadãos e a todos os estrangeiros que aqui vivem, trabalham

“Diante do quadro posto, depreende-se que o país não pode fazer de conta de que ainda se está na década de 40 e a CLT seja bálsamo curador para todos os males.”

ou têm negócios produtivos.

Nas palavras de Rafael Caldera, *apud* Ministro Vantuil Abdala:¹⁵

[...] o Direito do Trabalho, não pode ser inimigo do progresso, porque é fonte e instrumento do progresso. Não pode ser inimigo da riqueza, porque sua aspiração é que ela alcance um número cada vez maior de pessoas. Não pode ser hostil aos avanços tecnológicos, pois eles

são **efeitos do trabalho**. Sua

grande responsabilidade atual é conciliar este veloz processo de invenções que, a cada instante, nos apresenta novas maravilhas com o destino

próprio de seus resultados, que deve ser não o de enriquecer unicamente uma minoria de inventores, mas o de gerar empregos que possam atender os demais e oferecer a todos a possibilidade de uma vida melhor.

10 Conclusões

- O encadeamento produtivo quer na indústria, quer no comércio e em outros setores da eco-

nomia, é irreversível, como o é a globalização, devendo o direito nacional adaptar-se aos novos tempos. Nas palavras do Ministro Ayres Britto,¹⁶ "o Direito existe para a realidade, para a vida."

- A terceirização (complementaridade) de serviços também é fenômeno tão assimilado pelas empresas e, bem assim, pelos próprios cidadãos, com desdobramentos dentro e fora do país, que seu retorno ao *status quo ante* é algo impensável. Já faz parte de seu DNA.

- Até que haja o esperado aperfeiçoamento nas poucas regras existentes sobre a terceirização, quer a partir dos projetos em andamento, quer pela noticiada nova iniciativa do Poder Executivo, s.m.j., deve o TST rever o texto da Súmula n. 331, mormente o seu item I, ante a sua possível inconstitucionalidade.

- Enquanto nada disso ocorre, devem os aplicadores do direito analisar com maior profundidade as relações existentes entre empresas, envolvendo parcerias e afins, evitando-se demasiado apego a conceitos – e preconceitos – que não

¹⁵ ABDALA, Vantuil. **Terceirização**: anomia inadmissível. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=71915%20>.

¹⁶ BRITTO, Carlos Ayres, Entrevista concedida a Viviane Dias. **Revista Anamatra**, a 19, n. 55, Brasília, p. 4-7, 2008.a 4

estejam fundados em lei.

- O Ministério do Trabalho e Emprego, por seus AFT's, deve abster-se de decidir como se Juízes fossem, acerca da natureza jurídica dos contratos encontrados entre empresas e seus parceiros, desde que devidamente formalizados e observada a ressalva já feita quanto ao art. 41 da CLT em relação aos empregados dos últimos. Havendo dúvida sobre a correção dos contratos, deve ser observado o quanto disposto no art. 39 da CLT.

- O equilíbrio nas relações capital/trabalho somente será alcançado quando todos puderem se sentir incluídos no processo produtivo do país, seja qual for a natureza

da vinculação que os una, respeitados os direitos humanos, as garantias fundamentais, as normas de medicina e segurança, a formalização dos contratos e a segurança jurídica tão necessários à paz social.

É o que se deseja na conclusão deste singelo trabalho.

São Paulo, outono de 2010.

11 Referências

ABDALA, Vantuil. **Terceirização: anomia inadmissível**. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=71915%20>.

ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. *The concept of coherence and its significance for discursive rationality*, **Ratio Juris** 3:130-47, 1990.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRITTO, Carlos Ayres, Entrevista concedida a Viviane Dias. **Revista Anamatra**, a 19, n. 55, Brasília, p. 4-7, 2008.

FIORENTINO, Luigi, *apud* ZANETTINI, Laura. *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative* - *Resoconto del Convegno organizzato dall'IRPA, Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Sienna*. . Disponível em:

<<http://www.ernalizzazione.it>>.

GAENSLY, Marina. **O princípio da coerência: reflexões de teoria geral do direito contemporânea**. 2005. 251 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público)-Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2005.

GOMES, José Orlando; VIDAL, Mário César Rodriguez. **Contextualização da terceirização e suas perspectivas como prática social**. Disponível em: <<http://www.ufrj.br>>.

GUEDES, Amélia de Lima;

GUADAGNIN, Renato da Veiga. A gestão de Projetos como Aprimoramento da Terceirização. **Informática Pública**, Belo Horizonte, v. 5 (1), p. 65-78, 2003.

HARISON, Casey. *An Organization of Labor: Laissez-Faire and Marchandage in the Paris Building Trades through 1848. French Historical Studies*, v. 20, n. 3 Summer, 1997, p. 357-380 , D_Hlt256159036u_Hlt256158972_Hlt256159036k_Hlt256158972e University Press.

MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. São Paulo: Atlas, 2005.

P E R E L M A N , C h a ĩ m ; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova

retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

POCHMANN, Márcio. **A transnacionalização da terceirização na contratação do trabalho**. Campinas, SP. Disponível em: <http://www.unicamp.br>.

R O S S I , D o n a t e l l a . *Esternalizzazione, terziarizzazione o più semplicemente "outsourcing"*. Dirittonet, Milano, n. 133/04.

SENHORAS, Elói Martins; DIAS, Josimara Martins. **Tendências da indústria automotiva brasileira**: um estudo do caso Fiat. Disponível em: <<http://www.unicamp.br>>.

Z A N E T T I N I , L a u r a . *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative. Resoconto del Convegno organizzato dall'IRPA, Facoltà di giurisprudenza dell'Università degli Studi di Sienna*. Disponível em : <<http://www.esternalizzazione.it>>.